

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.24 vom 16. März 2022

BS Appellationsgericht, 2022-03-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.24

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.24 du 16 mars 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.24 del 16 marzo 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Das Präsidialdepartement ist gemäss § 1 Abs. 1 der Kantonalen Verordnung betreffend die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SG 214.600) Bewilligungsbehörde im Sinn von Art. 15 Abs. 1 lit. a BewG. Die Verfügungen der Bewilligungsbehörde unterliegen der Beschwerde an die kantonale Beschwerdeinstanz (Art. 20 Abs. 1 BewG). Kantonale Beschwerdeinstanz im Sinn von Art. 15 Abs. 1 lit. c BewG ist der Regierungsrat (§ 6 der Kantonalen Verordnung betreffend die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland). Ist der Regierungsrat Rekursinstanz, so können er oder das von ihm mit der Behandlung des Rekurses beauftragte Departement den Rekurs innert 30 Tagen seit Eingang der Rekursbegründung dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überweisen, falls dieses sachlich zuständig ist (§ 42 Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrats und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt [OG, SG 153.100]). Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden ist gegeben (vgl. § 1 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG, SG 270.100]). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Mit Schreiben vom 12. Februar 2021 hat das Finanzdepartement die Beschwerden dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen.

1.2 Die Beschwerdeführenden sind als Gesuchsteller durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind deshalb zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. a BewG). Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden (vgl. Art. 20 Abs. 3 BewG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

2.1 Der Beschwerdeführer ist Eigentümer des Wohn- und Geschäftshauses C____, auf welchem zugunsten seiner Lebenspartnerin (Beschwerdeführerin) folgende Grundlast errichtet werden soll:

« [...] Die Immobilie umfasst ein Erdgeschoss und vier Stockwerke. Die Vermietungspflicht umfasst die Gewerbefläche im Erdgeschoss sowie die Wohnungen auf dem zweiten und dritten Stock. Die Wohnungen auf dem ersten und vierten Stock stehen dem Eigentümer grundsätzlich zum Eigengebrauch zur Verfügung. Wenn der Eigentümer sich dennoch für die Vermietung der Wohnungen auf dem ersten und vierten Stock entscheidet, so sind die generierten Mieteinnahmen ebenfalls Gegenstand der Grundlast. Aus den Nettomieteinnahmen des belasteten Grundstückes erhält die Berechtigte jährlich 60 % (sechzig Prozent). Das Jahresguthaben ist wie folgt zahlbar: Jeweils zum letzten Tag eines

Monates erhält die Berechtigte vorschüssig 34.4 % (vierunddreissig Komma vier Prozent) der Bruttomietzinseinnahmen des Monates. Die Differenz zu den Vorschüssen ist zahlbar innert 20 Bankarbeitstagen nach Vorliegen der Jahresrechnung, spätestens aber zum 30. Juni des Folgejahres. [...] ».

2.2 Die Beschwerdeführenden führen in ihrer Beschwerde aus, es solle eine Personalgrundlast zugunsten der Beschwerdeführerin errichtet werden. Gegenstand einer solchen könne gemäss Art. 782 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) nur eine Leistung sein, die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergebe. Die Grundlast enthalte eine Vermietungspflicht resp. eine bedingte Vermietungspflicht des Eigentümers und die Beteiligung der Beschwerdeführerin an den Nettomieteinnahmen. Der Gesamtwert der Grundlast betrage CHF 1'080'000.■. Die Beschwerdeführenden machen geltend, es liege kein Erwerb eines Grundstückes gemäss Art. 4 BewG vor. Die Errichtung der Grundlast könne höchstens als «Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen» gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG verstanden werden. Dies sei aber nur der Fall, wenn damit eine Situation erreicht werden soll oder bereits erreicht sei, die es jemandem erlaubt, auf schweizerischen Grund und Boden zu greifen, darüber tatsächliche Verfügungsmacht zu haben. Die rein finanzielle Beteiligung an der wirtschaftlichen Verwendungsweise eines Grundstückes stelle indes keine tatsächliche Verfügungsmacht dar. Die statuierte «Vermietungspflicht» sei lediglich deklaratorischer Natur und weder gerichtlich durchsetzbar noch auf andere Weise faktisch erzwingbar, da eine Grundlast ausschliesslich ein Recht auf Befriedigung der Forderung aus dem Wert des belasteten Grundstückes beinhalten könne. Wenn der Beschwerdeführer der Vermietungspflicht nicht nachkomme, sinke der numerische Nettoertrag, den der Beschwerdeführerin aufgrund der Grundlast zustehe. Auch der Leistungsanspruch für sich sei nicht selbständig durchsetzbar, weshalb es sich um eine blosser Naturalobligation handle. Mangels der Möglichkeit zur Durchsetzung begründe die Naturalobligation keine tatsächliche Verfügungsmacht. Das Sicherungsrecht begründe ebenfalls keine tatsächliche Verfügungsmacht. Die maximale Belastung des Grundstückes durch die Grundlast betrage aufgrund der Dreijahresfrist nach Art. 791 Abs. 2 ZGB CHF 162'000.■. Diese Belastung liege fern von der Belastungsgrenze von 80 Prozent des Verkaufspreises des Grundstückes. Es handle sich nicht um ein synallagmatisches Rechtsgeschäft und die Forderungen aus der Grundlast würden nur schrittweise fällig und sich am erworbenen Einkommen anpassen. Das einzige durchsetzbare Recht, welches der Beschwerdeführerin somit zustehe, sei das Sicherungsrecht, welches durch Betreibung auf Pfandverwertung durchzusetzen sei. Die Beschwerdeführerin sei wirtschaftlich vom Beschwerdeführer abhängig und die Grundlast sei Ausdruck dieser Abhängigkeit. In umgekehrter Richtung sei keine Abhängigkeit vorhanden.

2.3 Das Präsidialdepartement führte hingegen aus, dass die fragliche Grundlast der Beschwerdeführerin 60% der jährlichen Nettomieteinnahmen aus der Vermietung des Wohn- und Geschäftshauses C_____ verschaffe. Damit nehme sie ■ objektiv und wirtschaftlich betrachtet ■ die Stellung einer Vermieterin ein. Sie erziele Gewinne mit Wohn- und Geschäftsräumen. Wirtschaftlich betrachtet führe die vereinbarte Grundlast zum gleichen Ergebnis wie die Nutzniessung am Grundstück. In einer gesamtheitlichen Beurteilung werde überdies deutlich, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der dinglichen Wirkung der Grundlast eine bessere Position innehave, als wenn sie sich nur auf ein obligatorisches Recht stützen könnte: Der Beschwerdeführer hafte für die Leistung an die

Beschwerdeführerin grundsätzlich mit dem Grundstück, d.h. die Beschwerdeführerin habe ein Recht auf Befriedigung aus dem Werte des Grundstückes und bei einem Wechsel des rechtlichen Eigentümers des Grundstückes werde der Erwerber ohne weiteres Schuldner der fraglichen Grundlast. Aus objektiver, wirtschaftlicher und gesamtheitlicher Sicht sei demzufolge eine eigentümerähnliche Stellung gegeben. Die Beschwerdeführerin erlange ein eigentümerähnliches Recht in Form einer faktischen Nutzniessung, womit ein Umgehungsgeschäft gegeben sei. Die Errichtung der fraglichen Grundlast stelle damit nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG einen bewilligungspflichtigen Erwerb eines Grundstücks durch Personen im Ausland dar. Bewilligungsgründe im Sinne von Art. 8 ff. BewG seien nicht gegeben. Die Bewilligung werde deshalb verweigert.

E. 3

3.1 Für den Erwerb von Grundstücken bedürfen Personen im Ausland gemäss Art. 2 Abs. 1 BewG einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Die Bewilligungspflicht hat eine objektive (Art. 4 BewG: «Erwerb eines Grundstücks») und eine subjektive Seite (Art. 5 f. BewG: «Person im Ausland»); zudem sieht das Gesetz selber Ausnahmen von der Bewilligungspflicht vor (Art. 2 Abs. 2 und Art. 7 BewG). Dass hier eine der Ausnahmen vorliege, wird von den Beschwerdeführenden nicht geltend gemacht. Unbestritten ist weiter, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine «Person im Ausland» gemäss dieser Bestimmung handelt. Strittig ist vielmehr, ob die vereinbarte Grundlast nach dem Bewilligungsgesetz bewilligungspflichtig ist.

3.2 Das heute als «Lex Koller» bezeichnete Bewilligungsgesetz mit der dazugehörenden Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV) beschränkt den direkten und indirekten Grundstückserwerb in der Schweiz durch die gesetzlich definierten «Personen im Ausland», um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (vgl. Art. 1 BewG). Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass eine bundesrechtliche Kompetenz zum Erlass dieses Bundesgesetzes fehle und dass es (auch) deshalb verfassungskonform restriktiv auszulegen sei. Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit kann Bundesgesetzen weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden (BGE 136 I 65 E. 3.2 S. 70). Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden kann die aus ihrer Sicht fehlende Bundeskompetenz zum Erlass dieses Gesetzes nicht dazu führen, dass das Gesetz oder die darin enthaltenen offenen Rechtsbegriffe restriktiv auszulegen wären. Aufgrund des Anwendbarkeits- und Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV ist das Gesetz vielmehr dem Willen des Gesetzgebers entsprechend zur Anwendung zu bringen. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Parlament seine Zuständigkeit nicht nur beim Erlass des Bewilligungsgesetzes im Jahr 1983 bejaht hat. In der Zusatzbotschaft vom 13. November 2013 hat der Bundesrat dem Parlament (entgegen einer früheren anderslautenden Botschaft) den Verzicht auf die Aufhebung der Lex Koller beantragt (BBl 2013 9069 ff.) und darin ausgeführt, dass sich dieser Antrag, wie das zu erhaltende Gesetz selbst, auf die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1 BV) und des Zivilrechts (Art. 122 Abs. 1 BV) stütze (BBl 2013 9075). Dem Antrag auf Abschreibung der Vorlage ist das Parlament mit Beschluss vom Mai resp. November 2014 gefolgt und hat sich damit explizit für die Beibehaltung des Gesetzes und damit für die (weitere) Bejahung der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers ausgesprochen, was beim Anwendbarkeits- und Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV mit zu berücksichtigen ist.

3.3 Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, das Gesetz und die darin enthaltenen offenen Rechtsbegriffe seien auch deshalb restriktiv auszulegen und anzuwenden, da die Bewilligungspflicht einen Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit bedeute. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden wird die Institutsgarantie der Eigentumsgarantie durch die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Eigentum nicht tangiert. Die Einschränkung des Verkaufs von Grundstücken an Personen im Ausland bewirkt aber eine Einschränkung der Möglichkeiten der Nutzung des Eigentums, weshalb hier von einer Tangierung der Eigentumsgarantie auszugehen ist. Im gleichen Sinn ist auch von einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auszugehen. Ein Grundrechtseingriff ist zulässig, wenn er auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt wird und verhältnismässig ist (vgl. Entscheide des Verwaltungsgerichts als Verfassungsgericht VG.2021.1 vom 9. November 2021, E. 2.3; VG.2020.9; VG.2020.9 vom 3. März 2021). An der hinreichenden gesetzlichen Grundlage kann aufgrund der obigen Ausführungen kein Zweifel bestehen. Es stellt sich weiter die Frage, in wie weit im Anwendungsfall geprüft werden kann, ob der damit verbundene Eingriff auf einem öffentlichen Interesse beruht und verhältnismässig ist. Das erwähnte Anwendbarkeits- und Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV für Bundesgesetze schliesst die verfassungskonforme Auslegung von Bundesgesetzen zwar nicht aus (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, Rz. 161 [S. 37]). Diese verfassungskonforme Auslegung darf aber nicht zur Missachtung oder Nichtanwendung der gesetzlichen Vorgaben führen. Nur wenn bei einer Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen gemäss den anerkannten Auslegungsmethoden verschiedene Ergebnisse möglich sind, ist aufgrund der verfassungskonformen Auslegung jene zu wählen, welche der Verfassung am meisten entspricht (BGE 145 III 63 E. 2.1 mit Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich 2020, Rz. 216 ff.; Verwaltungsgericht Zürich, VB.2020.00399 vom 18. Februar 2021 E. 2.6.1). Es ist daher nachfolgend unter Anwendung der entsprechenden Methodenlehre zu prüfen, ob die vorliegend beurteilte Grundlast unter die Bewilligungspflicht des Bewilligungsgesetzes fällt oder nicht.

E. 4

4.1 Als Grundstückerwerb gilt nach dem Bewilligungsgesetz nicht nur der Erwerb des Eigentums an einem Grundstück im Sinn von Art. 655 ZGB, wie dies Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG vorsieht. Zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten sind auch verwandte Tatbestände der Bewilligungspflicht unterstellt. Mit der Aufzählung von Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG sieht das Gesetz für den Erwerb dinglicher oder realobligatorischer Rechte sowie für den Erwerb von Anteilen an Immobilienanlagefonds und -gesellschaften eine Bewilligungspflicht vor (vgl. BGer 2C_854/2012 vom 12. März 2013 E. 5.2). Der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung wird in Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG verdeutlicht. Danach gilt als Erwerb eines Grundstücks jeder Erwerb von Rechten, die der Erwerberin oder dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie der Eigentümerin oder dem Eigentümer eines Grundstücks verschaffen, wobei auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist (BGer 4C.14/2003 vom 22. April 2003 E. 2.1, u.a. mit Hinweis auf BGE 107 Ib 12 E. 4). Erfasst wird mithin jedes Rechtsgeschäft, das einer Person ■ objektiv und wirtschaftlich gesehen ■ erlaubt, die Verfügungsmacht über ein Grundstück zu erlangen (Mühlebach/Geissmann, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, 1986, Art. 4 N. 3; Geissmann/Huber/Wetzels, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland, 1998, N. 52; Merkblatt

«Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland» des BJ vom 1. Juli 2009 S. 6, einsehbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/grundstueckerwerb.html>).

Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewV, SR 211.412.411]) gelten als andere Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie dem Eigentümer eines Grundstückes verschaffen, insbesondere: (a.) die langfristige Miete oder Pacht eines Grundstückes, wenn die Abreden den Rahmen des gewöhnlichen öder kaufmännischen Geschäftsverkehrs sprengen und den Vermieter oder Verpächter in eine besondere Abhängigkeit vom Mieter oder Pächter bringen; (b.) die Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen; (c.) die Begründung von Bauverboten und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung, welche ein Nachbargrundstück betreffen.

4.2 Mit der breit gefächerten Definitionen des bewilligungspflichtigen Grundstückserwerbs hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass für die Bewilligungspflicht die wirtschaftliche Realität und nicht die gewählte rechtliche Konstruktion ausschlaggebend sein soll. Es ist dementsprechend auslegungswise jeweils auf die gesamtheitlich zu würdigende wirtschaftliche Tragweite des jeweiligen Geschäfts im Hinblick auf den Gesetzeszweck des Bewilligungsgesetzes abzustellen (BGer 2C_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 7.3). Das Bewilligungsgesetz bezweckt, den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland zu beschränken, um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (BGer 2C_1082/2016 vom 02. Juni 2017 E. 4.1; BGer 2C_643/2017 vom 15. Januar 2019 E. 8.3). Laut Botschaft zum BewG stellt dieser Zweck den einzigen Gesetzeszweck dar und soll sicherstellen, dass der Boden in erster Linie den Einwohnerinnen und Einwohner der Schweiz vorbehalten bleibt, während der Umfang des Grundeigentums in der Hand von Personen im Ausland auf einem tragbaren Mass stabilisiert werden soll (Botschaft vom 16. September 1981 zu einem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland und zur Volksinitiative «gegen den Ausverkauf der Heimat», BBl 1981 III 585 ff., 617, 619). Aus der Gesetzgebungsgeschichte geht hervor, dass mit dem Gesetz nicht nur die Besitznahme an Grundstücken in der Schweiz durch Personen im Ausland eingeschränkt werden soll, sondern auch und insbesondere die Kapitalanlage von Personen im Ausland in Grundstücke in der Schweiz (BGE 147 II 281 E. 4.5 S. 285 f.). Mit der Gesetzesänderung vom 30. April 1997, welche Art. 2 Abs. 2 lit. a BewG eingeführt hat, wurden zwar die Kapitalanlage in Betriebsstättengrundstücke für zulässig erklärt. Ziel der Gesetzesrevision war jedoch die Förderung ausländischer Investitionen in die Schaffung von Produktions- und Dienstleistungsbetrieben und nicht in die Errichtung von Wohnbauten (BGE 147 II 281 E. 4.5; Botschaft 1997, BBl 1997 II 1245; Urteile 2C_639/2019 vom 10. Juli 2020 E. 7.1.1; 2A.428/1999 vom 28. Januar 2000 E. 3d). Weitere Lockerungen wurden 2002 (Bereich der Ferienwohnungen) und 2004 (Erwerb von Anteilen an börsenkotierten Wohnimmobilien) durch Personen im Ausland sowie in Bezug auf den Erwerb weiterer Anteile bei vorbestehendem Mit- oder Gesamteigentum an einem Grundstück beschlossen. Auch in der jüngeren Vergangenheit ist die Notwendigkeit der Beibehaltung von Restriktionen gegenüber ausländischen Investitionen in Wohnbauten aber betont und sind entsprechende Lockerungen (zum wiederholten Mal) abgelehnt worden. Eine Gesetzesvorlage zur teilweisen Aufhebung der Bewilligungspflicht scheiterte in einer

Referendumsabstimmung am 25. Juni 1995 (vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte: Botschaft Bundesrats zur Aufhebung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 4. Juli 2007, BBl 2007 5743, 5745 f.). Eine vom Bundesrat 2007 ausgearbeitete Vorlage zur Aufhebung der Lex Koller und zum Erlass von flankierenden raumplanerischen Massnahmen bei einer Aufhebung dieses Gesetzes wurde vom Parlament 2008 an den Bundesrat zurückgewiesen, verbunden mit dem Auftrag, bei der Revision der Vorlage Massnahmen vorzusehen, welche verhindern, dass der Schweizer Boden zum Spekulationsobjekt werde. Auf eine entsprechende Motion des Parlaments aus dem Jahr 2012/2013 hin beantragte der Bundesrat dem Parlament mit Zusatzbotschaft vom 13. November 2013 den Verzicht auf die Aufhebung der Lex Koller (BBl 2013 9069 ff.). Begründete wurde dieser Antrag damit, dass seit der Finanzkrise von 2008 das Interesse an Investitionen in Schweizer Immobilien stark gestiegen sei. Es sei zurzeit viel institutionelles Kapital vorhanden, die Teuerung und die Hypothekarzinsen seien tief, und die Schweiz gelte weiterhin als «sicherer Hafen» für Kapital. Die grosse Zuwanderung aus dem Ausland verstärke die Nachfrage nach Wohnraum ebenfalls. Insbesondere in den Städten seien die Mietpreise trotz grosser Bautätigkeit und tiefer Hypothekarzinsen bedeutend gestiegen. Bei einer Aufhebung der Lex Koller müsse unter anderem mit einem grösseren Preisschub beim selbstgenutzten Wohneigentum, einem Anstieg der Preise für Renditeliegenschaften und der Erschwerung der Erstellung preisgünstiger Wohnungen durch gemeinnützige Investoren gerechnet werden (BBl 2013 9074). Die Lex Koller wirke unbestritten nachfragedämpfend, indem sie Personen im Ausland von Teilen des Immobilienmarktes ausschliesse, weshalb es angezeigt sei, das Gesetz derzeit zu erhalten. Dem Antrag auf Abschreibung der Vorlage ist das Parlament mit Beschluss vom Mai resp. November 2014 gefolgt. Aus dem Gesetzestext, der Ausführungsverordnung und der Gesetzgebungsgeschichte geht somit deutlich hervor, dass nicht in erster Linie die Besitznahme von Boden in der Schweiz durch Personen im Ausland im Fokus war, sondern vielmehr oder zumindest auch Kapitalanlagen von Personen im Ausland in Schweizer Immobilien. Dies erklärt auch, weshalb der Gesetzgeber in verschiedenen Bestimmungen detailliert die Bewilligungspflicht für verschiedene Formen der Beteiligung an Gesellschaften mit oder ohne juristischer Persönlichkeit (Art. 4 Abs. 1 lit. b ff BewG) resp. Immobilienfonds oder «ähnlichen Vermögen» (Art. 4 Abs. 1 lit. c) statuiert hat. Somit werden nicht lediglich die Rechtsgeschäfte erfasst, welche der Erwerberin oder dem Erwerber die faktische Möglichkeit verschaffen, Besitzrechte über die Sache in irgendeiner Form auszuüben resp. auf den Grund und Boden greifen zu können. Erfasst werden auch Rechtsgeschäfte, die dazu führen, dass das Grundstück in der Schweiz für die Person im Ausland als Kapitalanlage dient.

4.3 Vorliegend soll zu Gunsten der Beschwerdeführerin auf dem Wohn- und Geschäftshaus C___ eine Grundlast eingerichtet werden, welche ihr 60 % der Nettomieteinnahmen des belasteten Grundstückes garantiert, wobei für die Gewerbefläche im Erdgeschoss sowie die Wohnungen auf dem zweiten und dritten Stock eine Vermietungspflicht und für die Wohnungen auf dem ersten und vierten Stock eine bedingte Vermietungspflicht (soweit sie nicht von der Eigentümerschaft selbst genutzt werden) statuiert wird. Da die Grundlast vorliegend nicht für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt ist, sondern als Personalgrundlast zu Gunsten einer bestimmten Person, kann sie gemäss Art. 782 Abs. 3 ZGB nur Leistungen betreffen, die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben. Diese sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergebenden Leistungen werden mit der Grundlast dinglich mit dem

Grundeigentum verknüpft (Brückner/Kuster, Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, S. 424). Die Eigentümerschaft muss sich eine Abschöpfung von 60 % der Mietzinseinnahmen durch die Berechtigte gefallen lassen, darf die Wohnungen auf dem ersten und vierten Stock nur entweder selbst nutzen oder vermieten und muss die Gewerbefläche im Erdgeschoss sowie die Wohnungen auf dem zweiten und dritten Stock vermieten. Die Grundlast ermöglicht der Beschwerdeführerin somit einen direkten Zugriff auf die aus dem Grundstück fliessenden Erträge. Da vorliegend keine andere Vereinbarung ersichtlich ist, besteht für die vorliegende Grundlast während der Lebensdauer der berechtigten Person keine zeitliche Beschränkung (Brückner/Kuster, a.a.O., S 424; Canonica, Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Bern 2016, S. 174). Als Personalgrundlast überdauert das Nutzungsrecht der Beschwerdeführerin auch den Verkauf an einen anderen Eigentümer. Die Eigentumsrechte der jeweiligen Eigentümerschaften werden mit dieser Grundlast in einem wesentlichen Umfang zu Gunsten der Beschwerdeführerin beschränkt. Das mit einem solchen Nutzungsrecht belastete Grundstück ist nur mit einer damit einhergehenden erheblichen Werteinbusse verkäuflich. Die Parteien haben dementsprechend bei der Eintragung der Grundlast in das Grundbuch deren Gesamtwert in Schweizer Franken anzugeben. Der eingetragene Gesamtwert stellt den Betrag dar, der bei der Ablösung der Grundlast geschuldet ist (Art. 789 ZGB), und bildet ■ analog zu den Pfandrechten ■ den maximalen Haftungsumfang, der dem Berechtigten in der Zwangsverwertung des Grundstücks zufällt (Brückner/Kuster, a.a.O., S. 425). Vorliegend haben die Parteien den Wert der Grundlast bei CHF 1'080'000.■ angegeben.

4.4 Die Grundlast unterscheidet sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht deutlich von der Grundpfandverschreibung, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann als Eigentumserwerb im Sinne des Bewilligungsgesetzes qualifiziert wird, wenn die Belastung der Liegenschaft dadurch das verkehrsübliche Mass deutlich übersteigt oder der Liegenschaftseigentümer vom Grundpfandgläubiger wirtschaftlich abhängig ist (BGE 107 Ib 12 E. 4 S. 18 ff.). Das Bundesgericht hat in genannter Entscheidung ausgeführt, dass der Erwerb von Grundpfändern dem Grundpfandgläubiger grundsätzlich keine eigentümerähnliche Stellung am belasteten Grundstück verschafft, da er dessen Verfall mangels Zahlung nicht verlangen kann (Art. 816 Abs. 2 ZGB) und auch keinerlei Vorrechte bei einer allfälligen Versteigerung genießt. Von diesem blossen Sicherungsrecht der Grundpfandverschreibung ist aber die Grundlast zu unterscheiden, welche einen direkt mit dem Grundstück verbundenen Anspruch begründet. Die Beschwerdeführenden führen in ihrer Beschwerde zu Recht aus, dass die Grundlast selbst einen Leistungsanspruch und ein Sicherungsrecht begründet (Beschwerde Rz. 67). Durch die Grundlast wird der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks zur Leistung an einen Berechtigten verpflichtet (Art. 782 ZGB). Es ist nicht zutreffend, wenn die Beschwerdeführenden geltend machen, der Leistungsanspruch aus der Grundlast sei «für sich nicht selbständig durchsetzbar, weshalb es sich um eine blosser Naturalobligation handle» (Beschwerde Rz. 67) und dass die Vermietungspflicht «lediglich deklaratorischer Natur» sei (Beschwerde, Rz. 66; Replik Rz. 77). Wenn es sich gemäss dieser Behauptung der Beschwerdeführenden bei der Grundlast lediglich um eine Naturalobligation verbunden mit einer «deklaratorischen» Vermietungspflicht handeln würde, würde der von den Beschwerdeführenden angegebene Zweck der Grundlast, nämlich der Beschwerdeführerin die für den Erhalt der schweizerischen Aufenthaltsbewilligung erforderlichen Mittel zu sichern (Beschwerde Rz. 6) gar nicht erreicht. Das Präsidialdepartement weist zu Recht darauf hin, dass gemäss der

Grundlast die jeweilige Eigentümerschaft des belasteten Grundstücks zur Leistung verpflichtet ist und dass diese Verpflichtung mit dem Grundstück verknüpft ist. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden in Rz. 71 ihrer Replik spielt es für die Frage der Unterstellung unter die Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz sehr wohl eine Rolle, ob das der Person im Ausland eingeräumte Recht dinglicher oder obligatorischer Natur ist. Mit der der Beschwerdeführerin eingeräumten Personalgrundlast erhält sie einen direkten dinglichen Anspruch auf 60 % der Mieteinnahmen aus dem belasteten Grundstück. Diese Berechtigung ist von der jeweiligen Eigentümerschaft unabhängig und bezieht sich auf das Grundstück. Die Beschwerdeführenden weisen in ihrer Replik selbst darauf hin, dass die Möglichkeit der Berechtigten, «einen säumigen Eigentümer auszuwechseln», die natürliche Konsequenz der dinglichen Sicherung der Forderungen aus der Grundlast ist (Replik Rz. 73). Entgegen den weiteren Ausführungen der Beschwerdeführenden in der Replik (Rz. 74) ist die Durchsetzungsmöglichkeit für die Beurteilung eines Rechtsanspruchs durchaus relevant. Die Verpflichtung ist bei der Grundlast eben direkt mit dem Grundstück verknüpft, da die jeweilige Eigentümerschaft des Grundstücks zur Leistung an die berechtigte Person verpflichtet ist (Art. 782 Abs. 1 und Art. 792 Abs. 1 ZGB). Das gilt sowohl für den Anspruch auf 60 % der Mietzinseinnahmen wie auch in Bezug auf die dazugehörige Nebenpflicht zur Vermietung. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführenden handelt es sich somit weder um eine Naturalobligation und auch die Vermietungspflicht ist nicht lediglich «deklaratorischer Natur». Es handelt sich vielmehr um durchsetzbare, das Grundstück direkt betreffende und dieses belastende Ansprüche. Es ist davon auszugehen, dass gerade diese Verknüpfung mit einer Liegenschaft und der damit erreichten Unabhängigkeit vom Zahlungswillen respektive der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers für die nach Angaben der Beschwerdeführenden beabsichtigte Sicherung der erforderlichen Mittel für den Erhalt der schweizerischen Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin entscheidend ist. Ob dies tatsächlich der Fall ist, kann im Ergebnis offengelassen werden. In jedem Fall führt die vereinbarte Personalgrundlast zu einem direkten Zugriffsrecht der Beschwerdeführerin auf 60 % der Nettomieteinnahmen und damit zu einem Verfügungsrecht über einen wesentlichen Bestandteil des Ertrags aus dem belasteten Grundstück. Der von den Parteien im Vertrag über die Errichtung einer Grundlast angegebene Gesamtwert der Grundlast von CHF 1'080'000.■ entspricht eher der wirtschaftlichen Belastung des Grundstücks als der in Rz. 71 der Beschwerde unter Zugrundelegung von drei Jahresleistungen angegebene Wert von bloss CHF 162'000.■, zumal die Grundlast gemäss den obigen Ausführungen zeitlich nicht beschränkt ist. Wie bereits ausgeführt, stellt der eingetragene Gesamtwert den Betrag dar, der bei der Ablösung der Grundlast geschuldet ist (Art. 789 ZGB; vgl. Brückner/Kuster, a.a.O., S. 425). Der Wert der Grundlast entspricht dem Vermögenswert, den die Grundlast für den Berechtigten tatsächlich hat (BGE 102 Ib 173). Die auf dem Grundstück lastende Verpflichtung zur Leistung der periodischen Geldzahlungen vermindert den Wert des zahlenden Grundstücks und erhöht im gleichen Umfang das Vermögen der berechtigten Person (Canonica, a.a.O., S. 86). Vorliegend sichert sich die Beschwerdeführerin B_____ mit der Grundlast während ihrer Lebenszeit 60 % der Nettomieteinnahmen des belasteten Grundstückes mit einer Gewerbefläche im Erdgeschoss und Wohnungen auf vier Obergeschossen (vgl. zur Dauer von Personaldienstbarkeiten: Canonica, a.a.O., S. 174). Der Wert dieser Grundlast ist daher mittels Kapitalisierung der zu erwartenden jährlichen Nettomieteinnahmen insgesamt zu berechnen. Daran ändert entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführenden nichts, dass die einzelnen Leistungen aus der Grundlast gemäss

Art. 791 Abs. 2 ZGB mit Ablauf von drei Jahren seit Eintritt ihrer Fälligkeit zur persönlichen Schuld werden, für die das Grundstück nicht mehr haftet. Der Gesamtwert der Grundlast wird durch diese Befristung der Haftung für einzelne Leistungen daraus nicht reduziert.

4.5 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Eigentumsrechte durch die Einrichtung der Grundlast zu Gunsten der Beschwerdeführerin wesentlich beschränkt werden, da die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergebenden Leistungen im Umfang von 60 % an die berechnigte Person im Ausland abgetreten werden. Die Beschwerdeführenden weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass diese Personalgrundlast keine der in Art. 4 Abs. 1 a■f aufgeführten Beispiele für den vom Bewilligungsgesetz erfassten Arten des Erwerbs eines Grundstückes darstellt. Es handelt sich unbestrittenermassen nicht um die Einräumung eines Wohnrechts, die Begründung eines Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts und namentlich nicht um eine in Art. 4 Abs. 1 lit. a aufgeführte Nutzniessung, auch wenn sie in wirtschaftlicher Hinsicht dieser am nächsten steht. Die Nutzniessung verleiht der berechtigten Person den vollen Genuss am belasteten Grundstück. Dies bedeutet, dass die berechnigte Person das belastete Objekt auch selbst benutzen und gebrauchen darf und berechnigt ist, das Objekt zu vermieten oder zu verpachten. Die nutzniessungsberechnigte Person hat für den gewöhnlichen, ordentlichen Unterhalt des mit der Nutzniessung belasteten Grundstücks bzw. Gebäudeteils aufzukommen. Der Eigentümerschaft bleibt damit nur das nackte Eigentum. Die Beschwerdeführenden weisen zu Recht darauf hin, dass die vorliegend zu beurteilende Personalgrundlast in Bezug auf ihre Eingriffsdichte und den Umfang der Rechte und Pflichten der berechtigten Person bezüglich des belasteten Grundstücks deutlich weniger weit geht als die Nutzniessung. Das Präsidialdepartement hat daher zu Recht ausschliesslich geprüft, ob die vorliegend beurteilte Grundlast als anderes Rechtsgeschäft, das dem Erwerber eine eigentümerähnliche Stellung einräumt, gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG zu qualifizieren ist.

4.6 Sowohl das Präsidialdepartement als auch die Beschwerdeführenden weisen darauf hin, dass bei der Auslegung dieser Bestimmung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Anwendung gelangt. Die Bestimmung erfasst andere als die einzeln aufgezählten Rechtsgeschäfte, welche ■ wirtschaftlich gesehen ■ der Erwerberin die Möglichkeit geben, auf ein Grundstück zu greifen und somit die faktische Verfügungsmacht zu erlangen (vgl. Mühlebach/Geissmann, a.a.O., Art. 4 Rz. 2 und 3; Geissmann/Huber/Wetzler, a.a.O., S. 26 Rz. 52). Die Beschwerdeführenden weisen zu Recht darauf hin, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG um einen Auffangtatbestand zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen handelt (BGer 2C_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.3). Da diese Bestimmung (lit. g) an die Aufzählung von einzelnen Fällen des direkten oder indirekten Erwerbs von Eigentum von Grundstücken (lit. a■f) anschliesst, ist davon auszugehen, dass diese anderen Rechte in Bezug auf ihre Eingriffswirkung resp. die Erlangung von tatsächlicher Verfügungsmacht mit den aufgezählten Rechten vergleichbar sein müssen, d.h. eine ähnliche wirtschaftliche Wirkung haben müssen. Die vorliegend zu beurteilende Grundlast ist diesbezüglich, wie bereits ausgeführt, in wirtschaftlicher Hinsicht recht nahe bei der Nutzniessung. Die Wirkungen der streitbezogenen Grundlast gehen aber deutlich weniger weit, als diejenigen der Nutzniessung, da lediglich 60 % der Nettoerträge gesichert sind und im Gegensatz zur Nutzniessung keine Berechnigung zur Eigennutzung statuiert ist. Allerdings ist zu beachten, dass in den in Art. 4 Abs. 1 lit. a■f BewG

aufgezählten Fälle auch wesentlich weniger weitgehende indirekte Beteiligungen an Grundstücken bereits als bewilligungspflichtiger Erwerb qualifiziert werden. So gilt gemäss lit. e der genannten Bestimmung bereits die Übernahme des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer (nicht börsenkotierten) juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken bildet (Immobilien Gesellschaften im engeren Sinn), als Erwerb eines Grundstücks im Sinne des Bewilligungsgesetzes (BGer 2C_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.3). Mit der vorliegenden dinglichen Sicherung von 60 % der Nettoerträge eines Grundstücks wird im Vergleich zum Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an einer Immobilien Gesellschaft (ohne beherrschende Stellung) wohl in einem direkteren und weitergehenden Ausmass Verfügungsmacht über einen zentralen Bereich der Eigentumsausübung an einem Grundstück erworben. Allerdings lässt sich aus diesem umfassenden Einbezug des Erwerbs von jeglichen Anteilen an Immobilien Gesellschaften resp. entsprechenden Fonds nicht ableiten, dass auch andere Formen einer mit einem Grundstück dinglich verknüpften wirtschaftlichen Beteiligung am Ertrag, der aus dem Grundstück erzielt werden kann, per se als Rechte zu qualifizieren sind, welche im Sinne des Bewilligungsgesetzes eine eigentumsähnliche Stellung zur Folge haben. Die Beschwerdeführenden weisen zu Recht darauf hin, dass die als Konkretisierung dieser anderen Rechte in der Bewilligungsverordnung aufgezählten Rechtsgeschäfte nicht für die Subsumtion der vorliegend beurteilten Personalgrundlast unter diese Rechte sprechen. Es liegt weder eine langfristige Miete oder Pacht eines Grundstückes mit ausserordentlichen Abreden noch eine Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes mit einer sich daraus ergebenden besonderen Abhängigkeit der Eigentümerschaft vor (Art. 1 Abs. 2 lit. a und b BewV) noch besteht eine wirtschaftlich ähnliche Wirkung der vorliegenden Grundlast zu diesen Rechtsgeschäften. Das gilt auch für die in Art. 1 Abs. 2 lit. c BewV erwähnte Begründung von Bauverboten und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung, welche ein Nachbargrundstück betreffen. Die in Art. 1 Abs. 2 lit. a und b BewV aufgeführten Konstellationen, bei welchen die Einräumung einer eigentümerähnlichen Situation angenommen wird, zeichnen sich durch eine indirekte Verfügungsmacht der Person im Ausland durch die qualifizierte Ausgestaltung eines Miet- oder Pachtvertrages und einer Abhängigkeit der Eigentümerschaft aus. In diesen Fällen ist die Eigentümerschaft somit in der Ausübung ihrer Eigentumsrechte nicht mehr frei. Es wird in dieser Situation davon ausgegangen, dass die Person im Ausland somit indirekt die Verfügungsmacht über das Grundstück ausüben kann. Eine solche Konstellation liegt aber mit dem Bezugsrecht über 60 % der Mieterträge nicht vor. Bei der in Art. 1 Abs. 2 lit. c BewV aufgeführten Begründung von Bauverboten und ähnlichen Eigentumsbeschränkungen mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung, welche ein Nachbargrundstück betreffen, wird sodann die Nutzungsmöglichkeit in Bezug auf ein Grundstück eingeschränkt. Zwar liegt mit der Vermietungspflicht auch eine gewisse Beschränkung der Ausübung der Eigentumsrechte statuiert und die Eigentümerschaft wird zudem verpflichtet, einen wesentlichen Teil der Erträge aus dem Grundstück der Berechtigten auszurichten. Eine mit einem Bauverbot vergleichbare Eigentumsbeschränkung liegt aber nicht vor. Aus den in Art. 1 Abs. 2 lit. a und c BewV aufgeführten Konstellationen, bei welchen eine eigentümerähnliche Position angenommen wird, kann somit nicht auf den Einbezug der hier beurteilten Grundlast geschlossen werden.

4.7 Da die vorliegend beurteilte Grundlast in wirtschaftlicher Hinsicht einer Nutzniessung zwar relativ ähnlich ist, deren Eingriffsdichte aber bei weitem nicht erreicht, lässt sich deren

Qualifizierung als bewilligungspflichtiges Geschäft somit aus einer systematischen Auslegung des Bewilligungsgesetzes nicht rechtfertigen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Funktion dieser Grundlast unter Art. 4 Abs. 1 BewG für die Wahrnehmung der Ziele dieses Gesetzes erforderlich sein soll. Die Einräumung der vorliegend strittigen Grundlast führt nicht zur «Überfremdung des einheimischen Bodens», welcher mit dem Bewilligungsgesetz verhindert werden soll (BGer 2C_1041/2016 vom 28. September 2017 E. 3.1), zumal es sich nicht um eine Investition einer Person im Ausland in eine in der Schweiz gelegene Liegenschaft handelt (vgl. dazu oben E. 4.2). Die Grundlast wird der Person im Ausland vorliegend vielmehr ohne Gegenleistung eingeräumt. Mit der Unterstellung dieser Grundlast unter das Bewilligungsgesetz wäre zudem eine Einschränkung der Ausübungsmöglichkeiten des Eigentums des Beschwerdeführers und auch der Vertragsfreiheit der Parteien verbunden (vgl. dazu oben E. 3.3; vgl. zur Eigentumsgarantie Albisetti, § 8 Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland/I. ■ II., in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, S. 408 f.). Da nicht ersichtlich ist, dass der Einbezug der Grundlast unter die Bewilligungspflicht gemäss Bewilligungsgesetz zur Erreichung der mit diesem Gesetz verfolgten Ziele erforderlich ist, spricht auch eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes für die Nichtunterstellung dieser Grundlast unter die Bewilligungspflicht.

E. 5

5.1 Aus den genannten Gründen ist die Beschwerde gutzuheissen. Dem Antrag der Beschwerdeführenden entsprechend ist die angefochtene Verfügung des Präsidialdepartements vom 21. Dezember 2020 aufzuheben und es ist festzustellen, dass die zwischen den Beschwerdeführern vereinbarte Grundlast auf dem Grundstück C_____ nicht der Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 BewG unterliegt.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführenden keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Ihnen ist aufgrund des Obsiegens eine Parteientschädigung zuzusprechen. Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Der angemessene Aufwand ist deshalb praxisgemäss zu schätzen. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Beschwerdeführenden und den sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen ist von einem angemessenen Aufwand von 30 Stunden auszugehen, welcher gemäss Überwälzungstarif zu CHF 250.■ zu entschädigen ist. Demgemäss ist den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung von CHF 7'500.■ inklusive Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.